

A urgência nos procedimentos pré-contratuais*

MARIA DA GLÓRIA F. P. D. GARCIA**

«Ganhámos o hábito de viver, antes de adquirirmos o de pensar.
Nesta corrida, que cada dia nos precipita mais para a morte,
o corpo ganha esse avanço irreparável.»

ALBERT CAMUS, *O mito de Sísifo. Ensaio sobre o absurdo*,
Livros do Brasil, p. 17

1. Tempo, urgência e justiça

É do tempo que falamos quando urge. Mas o tempo não se urge. Por outras palavras, em si e por si, o tempo não gera a urgência. O que faz nascer a urgência é a existência de qualquer coisa no tempo. Mas isso tão-pouco basta. Porque o facto, em si e por si, de qualquer coisa acontecer no tempo também não gera a urgência. A urgência nasce – e só nasce – quando as pessoas avaliam, no tempo, aquilo que nele acontece, dessa avaliação resultando um juízo sobre a necessidade de uma acção imediata, uma acção que não pode ser adiada. Se uma mãe passeia o filho e este lhe escapa da mão e atravessa a rua, a mãe precipita-se para o agarrar, em razão da avaliação que faz daquela realidade. A situação

* O presente texto, concluído em 17 de Janeiro de 2012, com o qual a Autora gostosamente se associa à homenagem ao Prof. Doutor Paulo Sendin, tem na base a sua participação oral no V Encontro de Professores de Direito Público, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em 27 de Janeiro de 2012.

** Doutora em Direito. Professora da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

é de urgência, não porque o tempo se altere, se imponha, a regule ou discipline, mas porque o juízo da mãe em situação a conduziu à acção imediata. E não a uma qualquer acção, mas àquela.

Vale isto dizer que o tempo evolui indiferente ao que nele existe e ao que nele se transforma ou desaparece. O tempo limita-se a ser a realidade que sustenta e suporta o que existe e a evolução do que existe. Mas, porque é assim, a percepção que temos das coisas e dos outros forma-se no tempo que as transporta e nos transporta. Do tempo guardamos memórias, no tempo avaliamos o que existe e as relações entre as realidades que existem, agindo em conformidade com essa avaliação, desde logo em razão dos efeitos que o agir humano projecta no tempo que há-de vir.

No âmbito da comunidade, o tempo torna-se berço da cultura e do seu mundo de significações e valores, e, dentro desse mundo de significações e valores, adquire sentido a justiça, gerada nas relações intersubjectivas. A comunidade jurídico-política integra esta realidade e não admira que o tempo seja nela compreendido como elemento fundamental do justo¹.

2. Tempo e direito

Chegados a este ponto, e entrando no plano do direito e da normaçaõ jurídica, tenha-se presente o velho brocado latino «*tempus regit actum*», segundo o qual a validade dos actos jurídicos, a sua conformação com o direito, deve ser aferida pelas leis em vigor ao tempo em que aqueles actos foram praticados.

Na sugestiva síntese do direito romano, a sobreposição do tempo ao direito é total. O direito funde-se no tempo, é por ele absorvido, de tal modo que as avaliações jurídicas das situações deixam de ter autonomia, diluem-se nesse tempo que a norma incorpora enquanto existe como tal.

É esta diluição do direito no tempo – «*tempus regit actum*» –, patente no brocado que se tem mantido incólume ao longo dos séculos, porventura expressão da força que, nas suas significações culturais, o tempo tem nos comportamentos humanos. Uma força de tal ordem que, continuando a ideia subjacente ao referido brocado, julgamos ser regidos pelo tempo, sem consciencializar que o tempo não rege o que quer que seja.

¹ Sobre a concepção actual da urgência na justiça administrativa como manifestação típica de uma sociedade tardo-moderna ou *sociedade de urgência*, ISABEL CELESTE FONSECA, *Processo temporalmente justo e urgência. Contributo para a autonomização da categoria da tutela jurisdiccional de urgência na justiça administrativa*, Coimbra Editora, 2009, em especial, p. 40.

Tão-simplesmente porque o tempo é indiferente às coisas, situações, relações que nele se estabelecem.

O que nos rege em comunidade é o direito, a realidade humana culturalmente criada no tempo e que, também no tempo, se projecta.

Volvido em princípio jurídico, «*tempus regit actum*» não é tanto um princípio do acto, ou sequer de um procedimento, quanto um princípio do poder quando este se exerce e no tempo em que se exerce (*o direito ou as normas que existem no tempo regulam, nesse tempo em que existem e produzem efeitos, o exercício do poder*).

3. Urgência e direito público

Traçado o pano de fundo do tema sobre o qual vamos falar, fica claro que a urgência corresponde a uma realidade artificialmente criada, uma realidade conceptual com um certo grau de indeterminação que traduz uma particular compreensão do modo como as realidades existem e evoluem no tempo ligadas a comportamentos humanos, uma realidade que, fruto de ponderações várias, impõe juridicamente que certos comportamentos tenham lugar no imediato. Por outras palavras, verificada na realidade dos factos uma situação inserida no conceito de urgência, isso significa que não pode haver adiamentos e que comportamentos predefinidos têm de ser tomados.

Com este sentido a urgência franqueou as portas do direito e, em concreto, do direito público.

a) Urgência, necessidade, excepção, emergência – Tendo a natureza de conceito indeterminado, a urgência é, por vezes, confundida, no direito público, com o *estado de necessidade*, *situações de excepção* e, ainda, *estados de sítio e de emergência*, qualquer um deles temporalmente limitado e correspondendo a situações em que a percepção das realidades no tempo determina o afastar das normas que ordinariamente disciplinam o exercício do poder. A urgência distingue-se, porém, e claramente, destas realidades.

Com efeito, o *estado de excepção* anda associado à ruptura constitucional e à transição para outro período constitucional. Nessa transição, vive-se um tempo de excepção, com uma disciplina também ela excepcional. Não admira, por isso, que esteja marcado pela provisoriedade.

Quanto ao *estado de emergência*, constitucionalmente previsto, bem como o *estado de sítio*, são pressupostos de conservação da própria Constituição. Por isso, a Constituição define formalmente não só o procedimento da respectiva declaração, como os parâmetros que conformam o exercício dos

poderes constitucionais, enquanto o tempo do estado de emergência e o estado de sítio durarem (artigo 19.º da Constituição da República Portuguesa)².

Já o *estado de necessidade* é um pressuposto ou condição do exercício de poderes administrativos. O *estado de necessidade* verifica-se quando uma situação de desordem ou de perigo generalizado exige dos titulares dos órgãos em funções o exercício de poderes extraordinários ou o recurso a actos extraordinários para defesa de superiores interesses públicos da comunidade. Os poderes administrativos deixam de se sujeitar à lei formal para passarem a reger-se directamente pela ideia de direito, pelos direitos fundamentais e princípios gerais de direito administrativo³.

Nos três casos antes mencionados, as normas jurídicas formais, constitucionais ou administrativas, são derogadas ou suspensas, embora esta afirmação não tenha nos três casos idêntica compreensão. No lugar das normas formais, e no tempo que durar o pressuposto ou condição que determinou cada um dos três modelos de estado – *estado de excepção*, *estado de emergência* e *estado de necessidade* –, passará a estar um conjunto de normas extraídas do direito extraordinário, diferente consoante cada um dos casos em presença.

Diferentemente, a *urgência* é um conceito indeterminado que cobre situações ordinárias, situações previstas no ordenamento jurídico como dando lugar a uma regulação especial, marcada pela celeridade. Sendo invocada urgência, dela não resulta, em regra, a derrogação ou a suspensão de normas formais em vigor. O que da verificação jurídica da situação de urgência decorre é o acelerar do procedimento administrativo conducente à prática dos actos previstos na lei, uma aceleração cujos termos se encontram, em regra, também juridicamente definidos⁴.

Chegados a este ponto, importa lembrar que, na Administração Pública, quem avalia o impulso para a acção, a necessidade de fazer uso do poder

² Sobre o assunto, ver JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. I, 2.ª edição, Coimbra Editora, 2010, anotação ao artigo 19.º e GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 2.ª edição, 2007, Coimbra Editora, anotação ao artigo 19.º

³ Sobre o estado de necessidade, SÉRVULO CORREIA, «Revisitando o Estado de Necessidade» in Livro em *Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, Almedina, 2010, pp. 719 e ss. E DIOGO FREITAS DO AMARAL/MARIA DA GLÓRIA GARCIA, «O estado de necessidade e a urgência em Direito Administrativo» in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 59, II, Abril de 1999, pp. 447 e ss.

⁴ Sobre o conceito de urgência, LUIGI GIANNITI e PAOLO STELLA RICHTER, «Urgenza (diritto pubblico)» in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, vol. XLV, pp. 901 e ss.

de agir, é o órgão administrativo competente na área, e quem avalia se existe ou não uma situação de urgência é também o órgão administrativo competente na área. Em qualquer dos casos, tem de justificar a avaliação empreendida.

Enquanto, porém, no primeiro caso, se limita a invocar a norma atributiva de poderes ou faculdades de agir, no segundo, para além de invocar a norma que o habilita a actuar em razão da matéria, tem de alegar e justificar, em situação, *objectiva e autonomamente*, a existência da *actualidade do agir*.

A urgência implica, pois, a actualidade da acção, a sua tempestividade. Implica que o órgão administrativo não só actue mas ainda que se concentre na determinação do momento em que actua. E não por uma qualquer «*bizantinice*». A particular atenção ao tempo em que se actua significa encurtar o procedimento. Tudo porque objectivamente se considera que só encurtando o procedimento se consegue alcançar o fim de interesse público que determina o poder de agir.

Tenha-se presente que do princípio da prossecução do interesse público pela Administração pública não decorre somente o dever de atingir o interesse público, independentemente do tempo em que este seja atingido. Decorre também dever a Administração atingir o interesse público em certo tempo, porque – como já se lembrou –, o tempo tornou-se culturalmente *elemento fundamental do justo*. Em suma: só a tempestividade do exercício do poder administrativo cumpre a realização do princípio da prossecução do interesse público.

Daí que, quando há urgência, isto é, quando o fim público a satisfazer pela Administração pública só se alcança mediante um procedimento abreviado, tem de concluir-se que o uso desse procedimento é imposto pela prossecução do interesse público, mesmo que seja a lei a prever esse abreviamento do procedimento.

O conceito de urgência deve, por isso, ser compreendido no quadro da compreensão do *princípio da prossecução do interesse público*, travemestra do Direito Administrativo.

E porque é compreendido no quadro deste princípio, a acção imposta pela urgência deve ainda restringir-se ao estritamente necessário para atingir o interesse público em presença, o que obriga a convocar também o *princípio da proporcionalidade*⁵.

⁵ Sobre o princípio da proporcionalidade como princípio estruturante dos poderes de necessidade, SÉRVULO CORREIA, ob. cit., p. 739.

b) Urgência e imperiosa urgência ou a urgência relativa e absoluta.

A íntima ligação entre exercício do poder, prossecução do interesse público e urgência mostra que a essência da urgência radica na percepção de que os efeitos produzidos pela acção são diferentes consoante o momento em que têm lugar. Ora, sendo diferentes, a tempestividade da acção precisa de ser avaliada caso a caso.

No binómio acção/tempo, o segundo termo, isto é, o tempo, tem uma cadência sempre igual, indiferente a tudo quanto nele se passa. Mas o que nele se passa pode interferir de modo desestabilizador na normal produção de efeitos da acção. E exigir uma actuação imediata vai, por sua vez, determinar uma alteração do procedimento capaz de atingir os fins de interesse público. Daí a dificuldade de definir por antecipação e juridicamente tipos ou modos da acção para as situações que possam vir a acontecer: a tempestividade só em situação pode ser avaliada.

Em suma, e ao contrário do que acontece no Direito Constitucional com o *estado de excepção*, o *estado de sítio* e o *estado de emergência*, e, mesmo no Direito Administrativo com o *estado de necessidade*, a urgência que o poder administrativo tem de avaliar antes de agir não se deixa espartilhar em modelos ou tipos de acção administrativa, porque a urgência implica tempestividade da acção e a correcção desta só em situação pode avaliar-se.

Com o que se abre uma panóplia de situações cobertas pela urgência, de *urgência relativa* a *urgência absoluta*, de *simples urgência* a *urgência imperiosa*. No limite, a urgência dilui-se no estado de necessidade, volvendo-se em condição extraordinária do exercício do poder administrativo, afastando as normas formais em vigor. O poder administrativo passa a regular-se por princípios gerais de direito e pela própria ideia de direito. Tudo de acordo com o princípio nascido do brocado latino «*tempus regit actum*», com o sentido que lhe foi dado, isto é, como princípio do exercício do poder.

A inserção de uma situação da realidade nesta graduação de situações de urgência pertence, pois, ao poder administrativo e não admira que se exija racionalidade ao juízo que este poder, através dos seus órgãos, venha a fazer.

4. Urgência e direito administrativo: o princípio da racionalidade e o princípio da eficiência

A racionalidade do juízo traz, inevitavelmente, à memória o *princípio da racionalidade da acção administrativa*, decisivo na motivação da acção.

Ora o princípio da racionalidade implica, de um lado, que ao encadear das diferentes fases da acção administrativa e ao próprio juízo da acção presida uma lógica interna (*juízo lógico*), de outro, que essas fases da acção e o juízo que as sustenta sejam coerentes com o fim a alcançar (*juízo de coerência*) e, de outro ainda, que entre os pressupostos da acção, o conteúdo da acção e o fim a atingir exista uma relação de congruência (*juízo de congruência*).

O apelo à racionalidade do juízo administrativo que tem de ser feito com vista à correcta caracterização da situação de urgência, na paleta possível de situações que a podem conter, determina, assim, simultaneamente, o apelo às dimensões lógica, coerente e congruente do juízo, realidades patentes na motivação do órgão para agir em situação definida como urgente.

Ao que vem de dizer-se acresce que a invocação da urgência vem não só acompanhada de celeridade e, logo, encurtamento de prazos, como ainda é moldada na ideia de eficiência⁶.

Com efeito, o poder administrativo adquire, por força do direito, uma dinâmica direccionada a um fim, o fim de interesse público. Usando uma expressão cara ao tempo em que vivemos, *o direito confere ao poder administrativo uma específica energia para produzir resultados*.

Mas alcançar fins públicos, atingir os resultados que a satisfação destes fins demanda, exige recursos, e estes precisam de ser optimizados, porque são cada vez mais escassos. Isto posto, para além dos fins públicos, e porque para serem alcançados são necessários recursos, os recursos ganharam particular protagonismo no exercício do poder administrativo. O uso óptimo dos meios para atingir os fins públicos com base numa matriz financeira passou a integrar o espaço do Direito Administrativo através de um novo princípio jurídico, o *princípio da eficiência*. A diligência com que se exerce o poder administrativo, a escolha criteriosa e proporcionada entre alternativas de actuação, o «*comportamento virtuosos*» que se avalia em termos de menor utilização final de recursos e

⁶ Sobre o princípio da eficiência, FILIPA URBANO CALVÃO, *Princípio da eficiência*, e SUZANA TAVARES DA SILVA, *Princípio (fundamental) da eficiência*. Os dois textos citados correspondem às intervenções das autoras no III Encontro de Professores de Direito Público que teve lugar na Faculdade de Direito da Universidade do Porto, em 30 de Janeiro de 2010. Ver ainda JOÃO LOUREIRO, *O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares*, Studia Iuridica, Coimbra Editora, 2005.

maior benefício final para os cidadãos⁷ são componentes do princípio da eficiência. Como componente é a interacção óptima entre exercício do poder administrativo e tempo, já que é no modo contextualizado de agir no tempo que se conseguem atingir maiores economias de escala.

Não admira, por isso, que invocar a urgência no exercício do poder implique convocar o *princípio da eficiência* para conformar esse exercício, já que, só por si, a urgência implica, além do mais, procurar uma boa ligação entre tempo e acção com vista a atingir os fins de interesse público que a acção prossegue, desde logo sacrificando a completude procedimental à celeridade da obtenção dos resultados.

5. A natureza constitutiva, não positivada, do interesse público e o procedimento administrativo

Aqui chegados, será bom recordar que, em virtude da progressiva alteração a que se tem vindo a assistir na relação entre lei e Administração, o *interesse público* deixou de ser um dado simples, positivado na lei, que aquela se limita a interpretar e vai procurar, em conformidade, satisfazer na realidade dos factos. O *interesse público* é hoje compreendido, mais ampla e complexamente, como uma realidade que se constitui ao longo do procedimento administrativo, como o resultado de uma *comparação ponderada de todos os interesses* que o poder tem de atingir nesse procedimento.

Por sua vez, ao abrir-se à participação dos interessados, isto é, ao coenvolver os titulares dos interesses no processo de decisão, o procedimento permite que os interesses a satisfazer pela Administração pública se constituam evolutivamente, de tal modo que o procedimento se volve em instrumento de garantia de uma correcta definição dos interesses em geral mais do que de garantia de um qualquer interesse predefinido.

Para que isso aconteça, porém, tem de existir transparência nas actuações que ligam Administração e interessados, o que nos conduz ao *princípio da transparência*.

⁷ Ou maior benefício de energia, como refere LUIGI GILI, «Efficienza energetica» in *Digesto della Discipline Pubblicistiche*, vol. Aggiornamento III (A-I), p. 342.

6. Interesse público, princípio da transparência e procedimento pré-contratual.

De há muito imanente à legislação administrativa, o princípio da transparência tem-se vindo a impor juridicamente nos últimos tempos, evolução a que não é alheio o fenómeno da globalização e, em especial, à forma como os serviços e tarefas a empreender pela Administração Pública, num quadro de continuidade, se desenvolvem, simultaneamente, no mundo da economia e no mundo do direito⁸.

Há, no entanto, casos em que a transparência se impõe com um cunho marcante. Estamos a pensar nos concursos e nos leilões. Tanto assim é que o *Código dos Contratos Públicos* (Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro) dá foros de cidadania ao princípio da transparência, mencionando-o expressamente no artigo 1.º, antes mesmo da enunciação do princípio da igualdade e da concorrência: «*À contratação pública são especialmente aplicáveis os princípios da transparência, da igualdade e da concorrência*» (n.º 4).

Seja, porém, como for, é na transparência com que os contributos são trazidos e disponibilizados pelas partes no procedimento que os interesses públicos a prosseguir são hoje constitutivamente moldados no quadro da lei e em face das múltiplas complexidades que a realidade coloca, e em múltiplos campos, nomeadamente ambientais. Entende-se que aqui não pode haver ambiguidades nem situações obscuras ou pouco claras, sob pena de instrumentalização do interesse público ou de desequilíbrio dos valores que constitutivamente contribuem para a formação do interesse público a satisfazer pela Administração.

Num contexto contratual, a composição de interesses resulta de um «*consenso constitutivo*»⁹, um consenso formado, por isso mesmo, num ambiente onde reina a transparência na continuidade da acção administrativa, e que, também por isso mesmo, não é dissociável do factor tempo, nem este lhe pode ser indiferente. Porque é no tempo que a realidade do direito, mas também da economia, do ambiente, do trabalho..., determinantes da actual conformação dos contratos públicos, se projectam e ganham sentido, um sentido que depois é vertido, de forma trabalhada consensualmente, no contrato, cuja celebração irá incorporar a correcta satisfação do fim de interesse público.

⁸ PAOLO TANDA, «Principio di Trasparenza», in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Aggiornamento, vol. III (L-Z), p. 886.

⁹ J. C. VIEIRA DE ANDRADE, «A propósito do Regime do Contrato Administrativo», in *Estudos de Contratação Pública*, vol. II, Coimbra Editora, 2010, p. 14.

7. Urgência e procedimento pré-contratual

Pode agora porventura compreender-se melhor a razão pela qual invocar a urgência num procedimento pré-contratual e agir em conformidade com essa invocação tem o sentido de uma recomposição de interesses, concretamente do ou dos interesses que coincidem com o fim a prosseguir através do contrato em formação e dos interesses de quem está envolvido nesse procedimento. Uma recomposição de interesses pela qual necessariamente passa uma correcta gestão das expectativas dos interessados/participantes do procedimento.

Neste quadro, não admira que seja especialmente importante a justificação da urgência e que essa *justificação* tenha de ser *lógica, coerente, congruente*, num ambiente em que *a transparência impere*. Os princípios da igualdade e da concorrência, ademais num mercado aberto, não se bastam com apelos formais. Demandam enfoques substantivos, contextualizados, o que só se obtém com uma percepção clara por todos os potenciais interessados do conjunto da situação envolvente, patenteada na justificação da urgência. Tem de ficar provado, de forma insofismável, que a alternativa ao procedimento-tipo, isto é, a alternativa procedimental permitida pela urgência, é a que *mais eficientemente alcança o fim público*. E mais. Provado tem de ficar também que o conteúdo do contrato é o estritamente necessário para alcançar o fim, o que também tem de passar ao crivo da eficiência.

Tudo porque o procedimento urgente é o que, comparado com o procedimento-tipo, melhor consegue otimizar, em razão do objecto do contrato, os recursos disponíveis, tendo em conta o fim a alcançar, no *tempo considerado justo*, assim decisivamente afastando da acção administrativa qualquer sombra de arbítrio.

8. Urgência e urgência imperiosa em procedimento pré-contratual

Vejamos agora o Código dos Contratos Públicos e o modo como nele se disciplina a urgência nos procedimentos pré-contratuais.

Começamos por recordar não ter este Código previsto, na transposição que fez da Directiva n.º 2004/18/CE, do Parlamento e do Conselho, de 31 de Março¹⁰, a redução dos prazos mínimos de apresentação das

¹⁰ Directiva relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviço.

candidaturas e dos prazos de apresentação de propostas de concurso limitado, definida no artigo 38.º, n.º 8¹¹, desta directiva, «quando a urgência torne impraticáveis os prazos mínimos fixados no presente artigo»¹².

Além disso, lembramos que, por força do disposto no artigo 162.º, n.º 2, o Código proíbe expressamente a aplicação ao concurso limitado por prévia qualificação das normas constantes dos artigos 155.º a 161.º, normas que regulam o concurso público urgente.

Numa primeira abordagem, há que concluir ter o legislador, deliberada e conscientemente, afastado a invocação da urgência para acelerar prazos procedimentais no concurso limitado e para permitir a aplicação subsidiária ao concurso limitado de um específico procedimento de urgência, definido para os contratos de locação ou de aquisição de bens móveis ou de aquisição de serviços de uso corrente. *A contrario* significa ter o legislador entendido que, havendo urgência, a melhor alternativa procedimental seria o concurso público, pelo que inclusivamente definiu um conjunto de regras específicas na secção VII (*concurso público urgente*) do capítulo II, dedicado precisamente ao concurso público (artigos 130 e seguintes).

Tais regras, que constam dos artigos 155.º a 161.º do Código, estão, porém, circunscritas aos contratos especificados (contratos de locação e de aquisição de bens móveis, bem como de aquisição de serviços de uso corrente) e, mesmo aí, atendendo ao valor dos contratos, sendo que a utilização deste *procedimento pré-contratual urgente* permite, além do mais, que o critério de adjudicação seja o do preço mais baixo.

Para além do procedimento de concurso público urgente, o Código dos Contratos Públicos prevê ainda um outro conjunto de situações que, projectadas no tempo, determinam o afastamento dos procedimentos-tipo. Mas, aqui, o legislador não se ficou pela mera invocação da urgência. Exigiu uma acentuação desta, dentro daquilo que antes analisámos como graduação de situações pressionantes da acção, na sua projecção no tempo. Falamos das situações de *urgência imperiosa* previstas no artigo 24.º, n.º 1, al. c) do sempre citado Código, situações que abrem caminho à escolha do ajuste directo. Diferentemente do que acontece nos casos de mera urgência, antes mencionados, circunscritos pela lei a certo

¹¹ Este artigo refere-se aos concursos limitados e aos procedimentos de negociação com publicação de anúncio de concurso a que se refere o artigo 30.º.

¹² ANA GOUVEIA MARTINS, «Concurso limitado por prévia qualificação», *Estudos de Contratação Pública*, vol. I, Coimbra Editora, 2008, pp. 248-249.

tipo de contratos, os casos de urgência imperiosa não estão legalmente limitados. Havendo urgência imperiosa, a opção pelo ajuste directo fica aberta, qualquer que seja o contrato em formação e qualquer que seja o seu valor («... *pode adoptar-se o ajuste directo...*»).

A solução suscita-nos dúvidas.

E levanta-nos dúvidas porque a *urgência imperiosa* que abre caminho ao ajuste directo está definida em termos tais que a limitam muito na realidade dos factos, já que a lei também a funda, de um lado, em *acontecimentos imprevisíveis pela entidade adjudicante* e, de outro, em *circunstâncias que não podem, em caso algum, ser imputáveis à entidade adjudicante*¹³. Ora pode acontecer que se esteja perante acontecimentos previsíveis mas de baixa probabilidade – pensemos no caso de intempéries altamente destrutivas em zonas de risco – e se justifique a urgência imperiosa, se avanços científicos demonstrarem a elevação da probabilidade do risco¹⁴. E pode acontecer também que se esteja perante circunstâncias imputáveis à entidade adjudicante mas que, mesmo assim, se justifique a urgência imperiosa – pensemos no caso de insanidade mental do titular do órgão decisor ou no caso de alteração de uma específica política pública de importância fundamental para o desenvolvimento económico, na sequência de mudança governamental. Em qualquer dos casos, de acordo com o disposto no artigo 24.º, n.º 1, al. c) do Código dos Contratos Públicos, não é possível invocar urgência imperiosa e, no entanto, esta pode justificar-se. Para além disso, podem não estar em causa os contratos previstos no artigo 155.º do mesmo Código que dão origem à abertura de um procedimento de concurso público urgente e, no entanto, o interesse público a satisfazer através da via contratual justificar o encurtamento de prazos procedimentais ou menos formalidades do procedimento.

¹³ De acordo com a jurisprudência do Tribunal de Contas, o ajuste directo suporta-se na verificação cumulativa dos seguintes pressupostos: a) ser na medida do estritamente necessário; b) urgência imperiosa; c) que a urgência imperiosa seja resultante de acontecimentos imprevisíveis pelo dono da obra; d) não possam ser cumpridos os prazos exigidos para a realização, no caso, do concurso público; e) que as circunstâncias invocadas não sejam, em caso algum, imputáveis ao dono da obra. Por todos, ver acórdão n.º 64/08, de 13 de Maio (Proc. 308/08), acórdão n.º 35/09, de 15 de Setembro (Proc. 308/08), acórdão n.º 3/2011, de 21 de Janeiro (Proc. 1554/2010).

¹⁴ Tenha-se presente o terramoto de 2009, em Áquila, Itália, que um cientista havia previsto e a que se não deu a devida atenção.

Apelar, nos casos supramencionados, para o *estado de necessidade*, em concreto para o disposto no n.º 2 do artigo 3.º do Código do Procedimento Administrativo¹⁵, nem sempre se revela possível e, porventura, nem sequer seria desejável, pela perturbação que decerto introduziria no sistema, delineado de forma a «*garantir segurança e estabilidade jurídica aos operadores económicos*», como expressamente se afirma no preâmbulo do Código da Contratação Pública.

A nota crítica aqui fica, uma crítica, aliás, que vem na linha de reflexões já expendidas¹⁶.

9. Urgência imperiosa, eficiência e justiça

Mas não ficamos só com uma nota crítica. Queremos deixar também uma proposta.

Circunscrita embora à *urgência imperiosa*, a proposta de reflexão que deixamos insere-se no arrazoado que empreendemos sobre a urgência no exercício do poder administrativo e é por ele iluminado.

Assim, de acordo com o disposto no n.º 1, al. c) do artigo 24.º do Código da Contratação Pública, que aliás se segue ao disposto no n.º 1, al. c) do artigo 136.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, a invocação, no procedimento pré-contratual, da *urgência imperiosa* permite o afastamento do concurso público e, logo, o sacrifício da concorrência, trave-mestra da contratação pública. Havendo urgência imperiosa, abre-se uma opção quanto ao tipo de procedimento a adoptar, sendo o ajuste directo o caminho que tendencialmente será seguido¹⁷.

Para suportar o ajuste directo, o legislador exige a verificação de uma situação de urgência imperiosa. Por sua vez, a urgência imperiosa é uma situação que decorre de se ter *provado que os prazos dos demais procedimentos não podem ser cumpridos* e, a ter lugar, *limita o procedimento do ajuste directo ao estritamente necessário*.

¹⁵ Dispõe o n.º 2 do artigo 3.º do Código do Procedimento Administrativo o seguinte: «*Os actos administrativos praticados em estado de necessidade, com preterição das regras estabelecidas neste Código, são válidos, desde que os seus resultados não pudessem ter sido alcançados de outro modo, mas os lesados terão o direito de ser indemnizados nos termos gerais da responsabilidade da Administração*».

¹⁶ ANA GOUVEIA MARTINS, ob. cit.

¹⁷ Sobre a anormalidade no procedimento administrativo, FEDERICO TEDESCHINI, «Procedimento amministrativo» in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXV, Giuffrè, pp. 882 e ss.

Mas, se bem se reflectir, a especificidade da *urgência imperiosa* prevista no Código não pode residir aqui. Tudo porque as duas mencionadas realidades pertencem à essência da *urgência tout court*. Deste modo, a especificidade da *urgência imperiosa* tem de procurar-se noutro motivo.

Ora, segundo o disposto no sempre citado artigo 24.º, n.º 1, al. c) do Código dos Contratos Públicos, a *urgência imperiosa* está ligada a vários motivos que cumulativamente justificam a invocação desta. Com efeito, o normativo em análise preceitua que a *urgência imperiosa* só pode resultar de:

- a) *acontecimentos imprevisíveis pela entidade adjudicante*;
- b) *acontecimentos que não sejam, em caso algum, imputáveis à entidade adjudicante*.

Simplesmente estes motivos legalmente exigidos em correlação com a *urgência*, em relação aos quais já levantámos dúvidas sobre a sua bondade, não pertencem ao núcleo de determinação da *urgência*. Pode dizer-se mesmo que lhe são estranhos. Lembremos o exemplo da mãe que, enquanto passeava com o filho pela mão, o viu a atravessar sozinho a rua. Saber se foi a mãe que soltou a mão da criança ou se foi a criança que se soltou da mão da mãe; saber se era ou não previsível que a criança atravessasse a rua são tudo juízos cuja conclusão não faz parte do conceito de *urgência* e muito menos de uma *urgência imperiosa*... O que torna necessária a acção imediata da mãe é a compreensão do perigo inerente a uma criança, sozinha, atravessar a rua por onde circulam carros. E é o juízo feito em situação que determina a acção urgente. Mais: a imperiosidade dessa acção.

Sendo assim, e voltando ao Código dos Contratos Públicos, a questão que devemos colocar perante o disposto no artigo 24.º, n.º 1, al. c), que abre caminho ao ajuste directo e permite afastar o concurso, é a seguinte:

Porquê ou para quê, então, a referência expressa no preceito à «*urgência imperiosa*» se, afinal, o que no preceito se exige é somente a prova de que os prazos dos procedimentos tipo não podem ser cumpridos e, bem assim, que o objecto do contrato a celebrar por ajuste directo se circunscreve ao estritamente necessário, as duas realidades que preenchem o núcleo da *urgência tout court*?

Uma vez que a imprevisibilidade dos factos que conduzem à *urgência imperiosa* e a insusceptibilidade de tais factos dependerem da entidade adjudicante são estranhos à configuração da *urgência*, em nosso entender, a referência legal à *urgência imperiosa* tem um sentido duplo:

- de um lado, realçar a *premência* do agir;
- de outro, evidenciar que não se trata de uma qualquer situação de urgência, antes de *uma situação que a ninguém suscita dúvidas quanto a configurar uma urgência*, porque nela a acção célere a todos se impõe. Vale isto dizer que a situação concreta tem de ser daquelas em que a urgência é evidente, nomeadamente para os potenciais concorrentes, e só por ser evidente a concorrência pode ser afastada e o ajuste directo adoptado, se se quiser alcançar o interesse público que o contrato visa alcançar. Sob outro ângulo de análise, ninguém pode duvidar que os prazos procedimentais-regra não podem ser cumpridos naquela situação.

Nesta linha de pensamento, deve ser também facilmente perceptível por todos, nomeadamente pelos potenciais concorrentes, que o objecto do contrato a celebrar por ajuste directo é o estritamente necessário para atingir o interesse público em presença – *princípio da proporcionalidade*.

Além disso, tudo deve ser facilmente perceptível e apresentado de forma transparente – *princípio da transparência*. Tudo deve também ser racionalmente justificado, de forma lógica, congruente, sem incoerências – *princípio da racionalidade*. Tudo ainda deve mostrar que com o ajuste directo se consegue a optimização dos recursos e meios a utilizar – *princípio da eficiência*. E de tudo, finalmente, deve resultar à evidência que o sacrifício da concorrência é, no caso concreto, um mal menor.

É neste enquadramento que surge a proposta que antes anunciámos.

Propomos, assim, que a Administração Pública, com base na sua experiência no mercado, em tantos outros concursos em que tenha participado, elabore, de forma contextualizada, um modelo procedimental pré-contratual em razão do contrato que pretende celebrar, em situação de normalidade¹⁸. Através desse modelo, perante uma situação configurável como de *urgência imperiosa*, será fácil, por força das comparações que aquele modelo permite, demonstrar a exigência de celeridade da acção e

¹⁸ A proposta foi-nos sugerida pelo *modelo do comparador público* ou dos programas alternativos definidos no artigo 19.º da Lei de Enquadramento Orçamental, aprovada pela Lei n.º 91/2001, de 20 de Agosto. Sobre o assunto, SUZANA TAVARES DE SILVA, ob. cit. A jurisprudência do Tribunal de Contas tem vindo a fazer abundante apelo ao modelo do comparador público como meio de cumprimento do princípio da eficiência. Ver, em especial, acórdãos n.ºs 160/09, de 2 de Novembro (proc. 1787/08), 161/09, de 12 de Novembro (proc. 32/09), 164/09, de 17 de Novembro (proc. 361/09), 168/09, de 23 de Novembro (proc. 1352/09) e 169/09, de 23 de Novembro (proc. 585/09).

da sua circunscrição ao necessário. Por outras palavras, será fácil mostrar a correcção jurídica, *in casu*, da opção da Administração pública pelo ajuste directo como via procedimental pré-contratual.

Através desse modelo e do método da ponderação comparativa que propicia, se eliminam eventuais dúvidas sobre se a justiça foi, naquele caso, alcançada – *princípio da justiça*.

A elaboração de um modelo procedimental de contrato público susceptível de ser comparado com o procedimento de ajuste directo a adoptar perante uma situação configurável como urgente, permitirá provar, de forma transparente e à saciedade, aos potenciais candidatos ao concurso, que a realização de um concurso não poderia ter lugar naquele caso, em razão do ou dos interesses públicos para os quais, constitutivamente, pela acção e pela omissão, todos os interessados contribuem, naquele procedimento mas também noutros procedimentos anteriores onde intervieram.

E uma nota final se impõe.

Afirmámos não pertencer ao conceito de urgência o facto de os *acontecimentos que a motivam serem imprevisíveis para a entidade adjudicante*, bem como o facto de *tais acontecimentos não serem imputáveis à entidade adjudicante*. Importa agora acrescentar que a exigência legal destes elementos junto com a invocação da urgência imperiosa (artigo 24.º, n.º 1, al. c) do Código dos Contratos Públicos) não autorizam a sua confusão¹⁹. Pelo contrário. Manda a clareza conceptual que os mesmos sejam autonomizados, até porque cumprem objectivos diferentes.

Com efeito, ao impor que *os acontecimentos que motivam a urgência sejam imprevisíveis para a entidade adjudicante*, a lei pretende convocar a especial diligência e os particulares conhecimentos da entidade adjudicante. E, ao impor que *os acontecimentos não sejam imputáveis à entidade adjudicante*, a lei procura evitar a manipulação da opção do ajuste directo pela entidade adjudicante. Em ambos os casos, é a correcção da acção da entidade adjudicante que está em causa, a confiança que a mesma deve incutir e estimular junto dos potenciais concorrentes no mercado, uma realidade que está muito para além da definição das situações de urgência, embora esteja também presente nestas. Ora, estando em causa a correcção da acção da entidade adjudicante, a respectiva garantia decorre do cumprimento das normas que responsabilizam as entidades adjudicantes pela acção que desenvolvem.

¹⁹ Criticamos, por isso, a jurisprudência do Tribunal de Contas, citada na nota 13, enquanto não estabelece uma qualquer distinção entre estes pressupostos legais.

Seja, porém, como for, o modelo comparativo que propomos para permitir melhor configurar as situações de *urgência imperiosa* no procedimento pré-contratual não deixará também de contribuir para uma maior correcção da acção das entidades adjudicantes, seja pela exigência de conhecimentos da ambiência jurídica, económica, política... em que os contratos públicos se geram e concretizam, seja pelo eliminar de ambiguidades evidenciadas pela comparação. Em qualquer dos casos, fica salvaguardado o interesse público e a boa condução de políticas públicas, na sua adaptação às realidades que urgem no tempo²⁰.

Porque – como já dito – o tempo não se urge. Segue uma cadência uniforme, indiferente à urgência. É a avaliação que fazemos das situações que se inscrevem no tempo que gera o conceito de urgência e, depois, a percepção de que o conceito, *in casu*, está preenchido.

No caso que estamos a viver, e tendo presente o conceito de urgência a que chegámos, é a avaliação que fazemos – quem me ouve e eu própria – desta minha intervenção, no tempo que usei para a proferir, neste *V Encontro de Professores de Direito Público*, que torna urgente pôr-lhe um ponto final. Agora.

²⁰ Particularmente ligada ao *direito à boa administração*, consagrado no artigo 41.º da Carta Europeia dos Direitos Fundamentais. Sobre a exigente realização das políticas públicas, o nosso *Direito das Políticas Públicas*, Almedina, 2009.